

A FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL PELO CAPITALISMO: UMA ANÁLISE CRÍTICA MARXISTA

THE CONFORMATION OF CIVIL LAW BY CAPITALISM: A CRITICAL MARXIST ANALYSIS

Rodrigo Daniel Félix da Silva *

RESUMO: o presente estudo objetiva criticar o direito civil atual, ao apontar que, para além da sua concepção tradicional de regulador das relações privadas, o *ius civile* revela-se, na atualidade, como expressão da própria ordem econômica capitalista, assumindo, assim, uma forma mercantilizada, bem como criando âmbito jurídico próprio de atuação, apartado das questões públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo. Direito civil. Marxismo.

ABSTRACT: This study aims to criticize the current civil law by pointing out that, beyond its traditional conception of regulator of private relations, the *ius civile* reveals itself, nowadays, as an expression of the own capitalist economic order, thus assuming a commodity form, as well as creating an own field of action, separated from the public issues.

KEYWORDS: Capitalism. Civil law. Marxism.

INTRODUÇÃO: REPENSANDO O DIREITO CIVIL

A que se presta o direito civil na sua atual conformação? Não se trata de definir o que é o direito civil, na medida em que o conceito que é posto pela doutrina tradicional – e até hoje prevalecente – pouco revela sobre suas pretensões atuais ou finalidades.

Por exemplo, Clóvis Beviláqua (1955, p. 57) conceituou o direito civil como “complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso.”

Se observada a primeira experiência brasileira, esses elementos estavam explícitos na estruturação da codificação civil (BEVILÁQUA, 1955, p. 57). Há uma parte geral que regulamenta o sujeito de direito (pessoas naturais e jurídicas), o objeto do direito (coisas) e a teoria dos fatos jurídicos, bem como as matérias de aplicação geral a todas as relações jurídicas (por exemplo, prescrição). Já a parte especial vai cuidar das relações de direito e dos

* Graduado em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2000). Especialista em direito civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2009). Mestre em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2013). Linha de pesquisa: poder econômico e seus limites jurídicos). Membro do grupo de pesquisa CNPq/Mackenzie *Cidadania e Direito pelo olhar da Filosofia: Política, Regulação Econômica e Direito* (2014). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0694629561120847>.

institutos de direito civil, que ficam reunidos nas classes de direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões.

O direito civil, com isso, passa a ser entendido como espaço de regulação das atividades privadas entre sujeitos e em relação aos bens que podem ser apreendidos pelo processo econômico. Também é papel do direito civil a regulação dos direitos não patrimoniais, ou seja, todos aqueles direitos que não recaem sobre os bens ou relações patrimoniais, como são os direitos de família e de personalidade (LOPES, 1971, p. 220).

Daí Francisco Amaral (1993, p. 50) afirmar que o direito civil gira em torno dos seguintes elementos fundamentais: pessoa, família e propriedade. Como consequência disso, percebe-se o direito civil como instrumento legal de organização¹ da vida social, na medida em que se apresenta “como uma estrutura jurídica conveniente porque realmente tenciona cuidar dos interesses dos homens em toda a sua extensão, quer seja consigo, com outrem ou com a natureza” (SILVA, 2012, p. 75).

Tal entendimento do *ius civile*, contudo, revela mais sobre a sua utilização como instrumento legal do que propriamente sobre sua natureza atual.

Atente-se. No feudalismo ou no Império Romano, muitos dos institutos do direito civil de hoje já eram conhecidos, como o contrato de compra e venda, o pátrio poder, a posse, o testamento e a *obligatio*. Sendo assim, a definição aqui referida do direito civil poderia servir, de certa maneira, em várias épocas históricas.

Isso porque o direito civil daqueles períodos também tinha a função de regular as relações familiares e os atos de comércio, além de, politicamente, definir o *status* de cada pessoa de acordo com o papel que lhe era designado dentro do seu grupo social, servindo assim de instrumento de organização social.

A questão que se coloca, então, é a respeito do que determina a natureza do direito civil moderno, sobretudo a partir do Código de Napoleão, considerado como uma verdadeira *constituição burguesa*; o que torna o *ius civile* próprio do atual momento social, político, econômico e cultural, diferente do que foi em outros momentos da história.

O debate mostra-se pertinente porque, no decorrer do século passado, o direito civil foi remodelado (do ponto de vista legislativo) e reinterpretado (doutrina e jurisprudência), de

¹Anote-se a lição bem conhecida de Hans Kelsen (1998, p. 25) sobre o assunto: “A conduta que uma pessoa observa perante uma ou várias outras pessoas pode ser prejudicial ou útil a esta ou estas pessoas. Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta para parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas como socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proíbem determinadas ações humanas.”

modo a abandonar seu caráter afirmadamente econômico-liberal, individualista e patriarcal, prevalecente desde o Oitocentos. Abandonar-se-ia, com isso, o jurista passivo – o juiz tipo *la bouche de la loi* –, superado por outros atores jurídicos, agora mais comprometidos com a realidade social.

Assim foi porque houve uma redefinição do papel e da função do Estado, de matriz mais social, passando a interferir diretamente nas relações privadas. Nesse contexto, as premissas individualistas, paternalistas e não-intervencionistas do período liberal cedem espaço para aspectos sociais (solidários e igualitários) e para a intervenção supletiva do Estado, que assume o papel de promover o bem-estar social e, principalmente, de proteger a dignidade da pessoa humana, já que o ordenamento jurídico deveria estar comprometido prioritariamente com a valorização do ser humano (BITTAR; BITTAR FILHO, 2003, p. 23-4).

A experiência brasileira, por exemplo, também acusou tal mudança paradigmática a partir da Constituição Federal de 1988, com o processo de constitucionalização do código civil² (um direito civil-constitucional³); ou seja, com a interpretação dos institutos de direito civil de acordo com o texto constitucional. A propósito, os valores humanistas ali insculpidos também viriam a ser confirmados no Código Civil de 2002, visto que o princípio da dignidade humana também permeia toda a estrutura do atual *codice* (BRANCO; MARTINS-COSTA, 2002).

Segundo tal doutrina civilista, haveria assim um movimento de repersonalização⁴ do direito civil, ou de despatrimonialização do direito civil (FACCHINI NETO, 2003, p. 32-3),

²Considerando que a Constituição Federal de 1988 é fundada no valor da dignidade da pessoa humana, a proposta do processo de constitucionalização do direito civil tem por escopo permitir a aplicação direta das normas constitucionais a todas as relações privadas. Assim se deu, por exemplo, com o direito de família. A Constituição Federal, nos artigos 226 e 227 (BRASIL, 1988), abandonando o paternalismo moralista da codificação de 1916, estabeleceu a igualdade entre cônjuges e filhos de qualquer origem, havidos ou não da relação do casamento. Também se menciona o reconhecimento da união homoafetiva, como equivalente ao casamento (Ibid., artigo 226, §3º e §4º). Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 (BRASIL, 2011) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132 (BRASIL, 2011), reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo, aproximando-a juridicamente do casamento.

³Dentre os principais estudiosos desse movimento no Brasil, é dever mencionar os nomes de Maria Celina Bodin de Moraes, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, Maria Cristina De Cicco, Carlos Alberto Bittar e Renan Lotufo. Tal movimento doutrinário foi relevante, também, porque promovia certa atualização do *codex* de 1916, considerando que a atual codificação veio a ser promulgada somente em 2002.

⁴A proposta não era nova. Após uma análise do caráter liberal das codificações privadas, Orlando de Carvalho (1981, p. 90) já protestava pela “repersonalização do direito civil”. Ele reclamava um direito civil que representasse uma ligação visceral do *jure civili* com o ser humano, por entender o direito como um sistema axiológico e ético, no qual o gênero humano se apresentaria como o primeiro e mais imprescindível dos valores. Isso porque, antes da importância da autonomia da vontade para o sistema civilista, o direito civil deveria se fundamentar no desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ou seja, na *dignitas humana*.

uma vez que o patrimônio não estaria mais no centro das atenções privadas, sendo substituído pela consideração com a pessoa humana.

Isto é, haveria uma oposição ao patrimonialismo dos códigos oitocentistas, os quais possuíam caráter essencialmente liberal, ao se trazer valores existenciais do ser humano para as relações particulares.

É como se as forças produtivas que traçaram o caráter econômico do direito civil moderno, que representaram a ruptura com o mundo antigo e o *Ancien Régime*, não fossem mais relevantes para sua determinação, de tal sorte que seria suficiente uma reinterpretação dos institutos de direito privado em novas bases – mais humanistas, diga-se – para que um novo *ius civile* fosse apresentado ao mundo. Em outros termos: a mudança do conteúdo da lei, potencialmente, seria suficiente para significar uma ruptura, uma mudança histórica radical do direito, com mais garantias legais em favor dos cidadãos.

Nessas circunstâncias, ao civilista restaria apenas o dever de sistematizar os institutos de direito privado a fim de viabilizar a aplicação racional e previsível deles – modelo de soluções “*prêt-à-porter*”,⁵ essencialmente *a-histórico*, generalista e abstrato –, como modo de garantir a segurança jurídica⁶ das relações sociais e a paz social, características que tornaram o direito civil um modelo para toda a ciência jurídica (ARNAUD, 1978, p. 49-50).

⁵Confirmando o argumento, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2003, p. 93): “É essa a racionalidade que informa a teoria da relação jurídica desenvolvida pela Escola Pandectista alemã, no século XIX, que influenciou as codificações civis. Tendo o Direito positivado modelos para as relações que julga relevantes, ou dignas de regulação e proteção, só pode haver direito subjetivo – e, portanto, direitos fundamentais – no âmbito de tais relações. O Estado-legislador, por meio de tal proceder, impõe molduras jurídicas em que pretende não só abarcar as potenciais relações travadas no mundo dos fatos, mas dirigir o comportamento social ao preenchimento de tais molduras. Os modelos de relações juridicamente relevantes não poderiam, porém, se ater às vicissitudes das relações fáticas. O mundo relevante para o Direito é reduzido, por essa via, a categorias gerais e abstratas. A Escola Pandectista buscou, portanto, criar uma pretensa ‘realidade jurídica’ baseada em modelos: o Direito apreende situações fáticas do passado, positiva no presente por meio de modelos que busquem um máximo de generalidade e de abstração, com vistas a oferecer respostas prévias para o futuro. O Código Civil é visto como um sistema de soluções *prêt-à-porter*. Mais que isso, o direito se reduz a essas soluções prévias, se reduz aos modelos.”

⁶A busca por legislações estáveis, a exemplo da precisão das ciências exatas, permitiu aos modernos a construção da escola de direito natural que era, fundamentalmente, um direito civil moldado de acordo com os interesses da burguesia nascente (MASCARO, 2010, p. 155). Modelo tão estanque de direito confirmou, justamente por ser assim, a ruptura com o direito anterior. Isso porque um direito relativo, flexível, circunstancial e culturalmente variável era aplicável, por exemplo, ao direito absolutista, de tal modo que seus defensores também poderiam regatear a sua legitimidade (Ibid., p. 159). E mais: se houvesse diversidade de legislações legítimas, também haveria pluralidade de razões, sem critério objetivo para afirmar que o direito do Absolutismo devesse ser abolido. Destarte, o movimento histórico dos jusfilósofos modernos foi no sentido inverso, afirmando a existência racional de um só direito, “chamando-o de natural, consoante o qual se possa julgar o Absolutismo e dele dizer-se injusto, porque irracional” (MASCARO, 2010, p. 159). Assim ocorreu porque o capitalismo reclama, para seu desenvolvimento, a previsão e a calculabilidade, de modo que a racionalidade do mercado corresponde a um direito de mesmo jaez, autorizador da circulação mercantil (GRAU, 2011, p. 119). Daí a busca pela certeza racional dos direitos ser bastante para garantir uma estabilidade jurídica, sendo que a sistematização dos institutos de direito civil, tal como feita até hoje, atendeu plenamente tal expectativa. O que está a se tratar nesse ponto é justamente da segurança jurídica. Isto é, a ideia de prévio conhecimento da lei e do tratamento que se dará quando da sua aplicação, a fim de que, pelo viés jurídico, o planejamento econômico de

Porém, tal entendimento é uma compreensão ordinária do fenômeno jurídico, porque não considera às forças produtivas⁷ que o moldam o modo como é conhecido hodiernamente (MIAILLE, 1994, p. 38), uma vez que ele é, necessariamente, determinado pelo modo de produção material da vida em cada época. Isso porque a verdadeira evolução histórica do direito não implica mera mudança no conteúdo da norma jurídica, mas um desenvolvimento da forma jurídica que representa tal ruptura.

É necessário, pois, avançar na análise do direito civil em outros termos. É preciso abordar as relações entre o fenômeno jurídico e o modo de produção capitalista, sobretudo a forma como este acaba moldando e determinando o modo de ser da ordem jurídica. É preciso estabelecer, por conseguinte, as motivações históricas e econômicas que fundaram o direito civil atual como um direito, prioritariamente, da ordem econômica capitalista, como *locus* próprio para o circuito das trocas mercantis, sobre o qual está estabelecida a visão burguesa do mundo.

Daí a forma mercantilizada que o direito assume, própria do modo de produção capitalista, segundo a crítica de Karl Marx. Portanto, mais do que um sistema de controle social e de organização das relações privadas, o direito civil atual assume um propósito capitalista bem definido, que é justamente o de garantir, prioritariamente, o movimento e a lógica da mercadoria nas relações sociais.

hoje siga até o seu final do modo inicialmente concebido, sem sobressaltos que possam representar prejuízos. O racionalismo jurídico, dessa forma, situa-se na própria base do Estado Moderno, porque este vai exigir coercitivamente o cumprimento das prestações advindas das relações de troca (PACHUKANIS, 1988, p. 90-2). Com efeito, suas manifestações intelectivas, como construção de conceitos e sistemas, são a própria expressão do predomínio do capitalismo e da classe burguesa, racionalista e calculadora (AMARAL, 1993, p. 47).

⁷Daí a crítica de Evgeny B. Pachukanis (1988, p. 83) aos fundamentos do direito civil de sua época, que eram entendidos de forma abstrata, sem vinculação com as forças econômicas capitalistas: “Karner reproduz aqui, pura e simplesmente, o sistema de interpretação do direito das Pandectas, que traz o nome de Hugo Heyese e cujo ponto de partida é, também, o do homem que submete os objetos do mundo exterior (direitos reais), para passar em seguida à troca de serviços (direito das obrigações) e, finalmente, às normas que regulam a situação do homem como membro da família e o destino dos bens depois de sua morte. A relação do homem com uma coisa, por ele produzida ou roubada, ou que constitui também uma parte da sua personalidade (armas, jóias), representa historicamente, sem nenhuma dúvida, um elemento do desenvolvimento da propriedade privada. Ela representa a forma originária, primitiva e limitada, desta propriedade. Contudo, a propriedade privada só adquire um caráter acabado e universal com a passagem à economia mercantil, ou mais precisamente, à economia mercantil capitalista. Ela passa a ser, então, indiferente ao objeto e rompe todos os vínculos com as relações humanas orgânicas (gens, família, comunidade). Ela surge, em sua significação universal, como ‘esfera externa da liberdade’ (Hegel), ou seja, como realização prática da capacidade abstrata de ser um sujeito de direito.”

1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A DETERMINAÇÃO DO DIREITO PELA ORDEM ECONÔMICA CAPITALISTA

O sistema capitalista assenta-se na vendabilidade de mercadorias e nas relações sociais. Isto é, autoriza que os seres humanos possam tornar-se sujeitos econômicos (transvestidos de sujeitos de direito) que se vinculam (contratualmente) para poder fazer a troca mercantil, assegurando assim a circulação das mercadorias. Nesse ponto, um trecho conhecido de *O Capital* (MARX, 1996, tomo 1, p. 206), que resume bem esse aspecto essencial do capitalismo:

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma.

Portanto, o sistema econômico capitalista, para se realizar, reclama a existência de duas relações materiais fundamentais: uma, de apropriação da mercadoria força de trabalho pelo grupo capitalista, e outra, de não apropriação pelo grupo de trabalhadores.⁸

A propriedade privada dos bens de produção,⁹ nessas condições, é tida como um dos elementos fundamentais do capitalismo. Os trabalhadores têm como único meio de sustento o

⁸Daí Vital Moreira (1987, p. 27) afirmar que “o sistema dominado por esta última relação [venda e compra da mão-de-obra] é o sistema capitalista, assim chamado porque as condições de trabalho se apresentam como capital, propriedade privada do capitalista, perante o trabalhador, desprovido delas.” Ao tratar do momento histórico de definição do capitalismo, Maurice Dobb (1973, p. 30-1) confirma o mesmo argumento ao observar que se deve precisar “o início do período capitalista apenas quando as mudanças no modo de produção ocorrem no sentido de subordinação direta de um produtor a um capitalista. Não se trata aqui apenas de um ponto de terminologia, mas de substância, pois o mesmo significa que, se estivermos certos, o aparecimento de uma classe puramente mercantil não terá por si próprio qualquer significado revolucionário, que seu crescimento exercerá uma influência muito menos fundamental sobre a configuração ou padrão econômico da sociedade do que o surgimento de uma classe de capitalistas cujas fortunas estejam intimamente ligadas à indústria; e que embora uma classe, seja de escravistas ou senhores feudais, possa passar a comerciar ou entrar em aliança íntima com os comerciantes, uma classe mercantil, cujas atividades são essencialmente as de um intermediário entre produtor e consumidor, não se deverá esforçar por tornar-se uma classe dominante naquele sentido de todo radical e exclusivo do qual falávamos poucos momentos atrás. Como sua sorte tenderá a se prender ao modo de produção existente, será mais provável que sofra o incentivo a conservar aquele modo de produção, ao de transformá-lo. Ele deverá esforçar-se por ‘entrar’ numa forma existente de apropriação do trabalho excedente, mas não deverá tentar modificar essa forma.”

⁹Complementando essa assertiva, novamente Vital Moreira (1987, p. 114): “Sob o ponto de vista da CE [Constituição Econômica] não interessa a propriedade em geral mas apenas ‘a propriedade econômica’ ou ‘produtiva’, isto é, a propriedade dos meios de produção. É só esta que exerce as funções acabadas de assinalar e

intercâmbio (troca mercantil) entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto de bens socialmente produzidos. A troca, portanto, de sua força de trabalho pela parcela correspondente, em seu valor, de tal bem (GRAU, 2011, p. 55).

Ante tal realidade, o direito organiza-se para garantir o funcionamento estrutural do capitalismo a partir desse paradigma. Não se trata, pois, de asseverar que o direito é mero reflexo da economia, conforme poderia se depreender de certa análise do pensamento marxista, quando analisada a questão da estrutura e superestrutura posta por Karl Marx (MIAILLE, 1994, p. 72-4).

Aqui se faz referência à relação estrutura/superestrutura posta por Karl Marx em *Zur Kritik der Politischen Oekonomie*, publicada em 1859 (e comentada novamente por ele em *O Capital*). Assim ele se manifestou naquela oportunidade (MARX, 1983, p. 24):

A conclusão geral a que cheguei e que, uma vez adquirida, serviu de fio condutor dos meus estudos, pode formular-se resumidamente assim: na produção social de sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.

Sob esse aspecto, vale destacar de plano que a análise marxista da instância econômica não é estritamente econômica (ou economicista), na medida em que não está isolada da realidade (social, política, cultural, ideológica) em que está inserida (GRAU, 2011, p. 51-6). A instância econômica, como a base da vida social, tem toda a sua existência permeada por todos os aspectos dessa vida social. Estes, de sua parte, sob modalidades diferenciadas, são instâncias da superestrutura possuidoras de desenvolvimento autônomo relativo e influência retroativa sobre a estrutura econômica.

O próprio Engels, após a morte de Marx, refutou que a economia seria o único fator determinante a influir na vida social, tomando a assertiva como absurda, como lembra Avelãs Nunes (2007). O companheiro de letras de Marx é categórico ao afirmar que um elemento histórico, em sinergia com outros elementos, sendo também o econômico o de última instância, age diretamente sobre o meio que o cerca e suas causas.

Para além do determinismo econômico, Marx introduz com isso o debate sobre a produção da vida social; os acontecimentos produzidos pela sociedade, a partir de uma teoria

é só nela que se assenta a relação econômica fundamental do capitalismo: a relação entre o capitalista e o trabalhador assalariado, a apropriação privada do sobreproduto [mais-valia].”

da produção da vida social, tal como observado por Michel Miaille (1994, p. 68-82). O termo *modo de produção* não encerra em si o significado econômico (e unilateral) com que é comumente usado.

Tal expressão designa notadamente a maneira como uma sociedade se organiza para produzir a vida social. Isso ocorre porque as superestruturas estão estreitamente vinculadas com os problemas encontrados pela sociedade em relação à natureza, isto é, em relação ao modo em que aquela pode subsistir materialmente a partir desta.

Quando os homens se organizam para retirar dos recursos naturais o seu sustento, eles criam a organização econômica, que é determinada pelos problemas que lhes são postos pela natureza (este obstáculo último da liberdade de ação do homem). Uma vez que eles se organizam economicamente para tanto, também o fazem politicamente, socialmente, intelectualmente etc. Portanto, a organização econômica que venha a ser concretizada, como sistema de trabalho fincado no escravo, na terra ou na fábrica, implica determinados tipos de vida social, sistema político e valores culturais.¹⁰

Afora isso, à estrutura (ou infraestrutura), ao lado da instância econômica que lhe é imanente, são agregadas também as instâncias jurídica, política e ideológica,¹¹ porque também integrantes do modo de produção vigente. Tais elementos não são estanques, na medida em que, embora autônomos, implicam-se e se influenciam reciprocamente porque integrantes de um todo, que compõe a unidade do modo de produção.

O direito na ordem capitalista, nesse aspecto, é a tradução da correlação das forças produtivas existentes, de sorte que termina por acolher as contradições (e imperfeições) das relações sociais de tal modo de produção, reproduzindo-as internamente por se tratarem de elementos essenciais do seu discurso (GRAU, 2011, p. 45).

Isso equivale a afirmar que o direito percebe as necessidades postas pelo modo de produção, internalizando-as em sua estrutura por meio da positivação das normas (estruturação do ordenamento jurídico) que venham garantir o funcionamento da ordem capitalista. Por tal aspecto, o direito privado é entendido como um complexo de normas, cujo

¹⁰Complementando a assertiva, Michel Miaille (1994, p. 82): “A conclusão que podemos tirar daí é a seguinte: o conjunto da produção da vida social está ligado à produção material, porque o conjunto da produção da vida social se encontra presente de uma certa maneira na organização da produção material.”

¹¹Novamente Michel Miaille (Ibid., p. 73): “Assim Marx não pode contentar-se em indicar-nos que a sociedade é um todo: ele acrescenta que este todo é estruturado. Necessário se torna ainda saber como é que ele entende esta estrutura. Ele serve-se então de uma estrutura: base e superestrutura, quer dizer, afinal, dois elementos essenciais da estrutura global. Do texto de 1859, é aliás possível individualizar três níveis nesta estrutura: o nível econômico que constitui a base; o nível jurídico e político; o nível das formas de consciência sociais, o das representações, mais latamente chamado nível ideológico. Assim aparecem os três ‘níveis’. As três instâncias no interior de um modo de produção mas, como se vê a título de imagem ou de hipótese de trabalho, não a título de dogma!”

centro de atenção é a propriedade privada, que tem por função justamente expressar uma forma de produção de normas jurídicas individuais adaptadas ao sistema econômico capitalista (GRAU, 2011, p. 118-9).

E vale destacar: É o Estado que vai pôr (positivar) o direito, uma vez reconhecida a relação primigênia estabelecida no seio da sociedade, de modo que a relação econômica pressupõe a lei, porém não a põe, pois isso (pôr) é uma prerrogativa estatal.

Percebe-se, nesse contexto, que o direito é “inerente ao contexto social, ao momento histórico, às formações econômicas, à identidade, à cultura e às estruturas políticas dominadas pelo Estado” (MARTINEZ, 2006, p. 156). A ordem jurídica é, assim, intrínseca à vida social e econômica, de forma que é possível compreendê-la como intimamente capitalista em toda a sua expressão, do mesmo modo que são a economia e a consciência individual de cada um.

Sendo assim, o direito, como algo voltado ao modo de produção capitalista, atua na sociedade civil justamente para que seja estabelecida a troca mercantil, mediando assim as relações de produção que lhes são próprias, visto que estas, de resto, não poderiam se estabelecer e se sustentar sem a forma do direito (GRAU, 2011, p. 59).

Volta-se novamente para aquela relação referenciada por Karl Marx em *O Capital* (1996, tomo 1, p. 206): a relação estabelecida entre os possuidores de mercadorias (proprietários) é justamente a troca mercantil, expressada na forma jurídica de contrato, que é a relação pressuposta e necessária ao modo de produção capitalista, sendo que nela está refletida a relação econômica fundamental.

Tal relação, posta na base econômica, reflete o próprio modo de produção capitalista, exigindo do direito um canal de expressão próprio, ou seja, uma forma de concretização, de modo a tornar-se real ao mesmo tempo em que reflete esse mesmo modo de produção.

2 A FORMA JURÍDICA COMO FORMA MERCANTIL: A CONFORMAÇÃO DA ESFERA PRIVADA DO DIREITO PELO CAPITALISMO

Dado o tipo de interligação entre o modo de produção capitalista e o direito, vale argumentar que este não pode ser reduzido apenas à expressão ideológica, de dominação e exploração da burguesia sobre o proletariado para acumulação do capital (GRAU, 2011, p. 58). É preciso, pois, análise mais detida dos elementos econômicos e históricos que conformam o fenômeno jurídico assemelhado à forma mercantil (valor da mercadoria).

No curso da história, verifica-se que um grupo social, quando alcança hegemonia, esforça-se para organizar a sua dominação em todo o tecido social, impondo aos demais uma

regra do jogo, que garante ordem, prosperidade e paz em favor daqueles que a ela aderem. Assim foi na era romana (*pax romana*), no medievalismo cristão (*pax ecclesiae*) e agora é no capitalismo, com a instauração da paz para os detentores do capital (ARNAUD, 1978, p. 39-40).

Isso porque esse modelo fundamental de troca mercantil, travada entre os sujeitos de direito que se relacionam (contratualmente) para tanto, não representa a ordem jurídica geral da sociedade civil que vai estabelecer a forma de ser da economia. Pelo contrário. Ele representa a ordem jurídica da economia dos detentores do capital, que termina por se estender para toda a sociedade civil, porque fundamental à sustentação do capitalismo.

Isto é, a ordem jurídica da sociedade civil é a ordem jurídica burguesa, o que implica a identificação da sociedade econômica burguesa com toda a nação (MOREIRA, 1987, p. 66). Contudo, tal percepção do direito nem sempre se mostrou tão evidente. Aos primeiros estudiosos marxistas do direito, em especial do período revolucionário soviético (MIAILLE, 1994, p. 78-9), pareceu suficiente introduzir um caráter idealista para que se pudesse extrair daí uma teoria marxista do direito (MEIRELES, 1990, p. 9).

Os debates, então, limitavam-se ao campo ideológico (senão psicológico), no qual o pensamento jurídico burguês opunha-se ao pensamento jurídico do proletariado. Sendo assim, ao emprestar uma linguagem jurídica à luta revolucionária, certos juristas criam que isso seria o bastante para desnaturar o caráter capitalista do direito.

Por esta proposta, adaptavam-se os conceitos revolucionários aos institutos jurídicos que lhes eram conhecidos, de índole burguesa, tais como sujeito de direito e direito subjetivo, de tal sorte que apenas trocava-se uma legalidade por outra (MASCARO, 2010, p. 463).

Embora tenha destoadado um pouco desse pensamento, por também relacionar o direito com as relações de produção (propriedade, contrato de compra e venda, troca mercantil), mesmo Pëtr I. Stucka (1988)¹² vai compreendê-lo essencialmente como uma expressão direta da luta de classes, vinculando-se desse modo o espírito revolucionário e a consciência da classe trabalhadora a certo tipo de direito socialista, mitigando assim a importância das relações econômicas capitalistas travadas no interior da sociedade.¹³

¹² Stucka ou Stučka corresponde à grafia ocidental, a partir do cirílico Стýчка. Na grafia alemã, contudo, utiliza-se Stutschka ou Stutchka, conforme nota de rodapé seguinte. (N. do R.)

¹³ Nesse sentido, a seguinte assertiva: “A identificação direta do direito com as relações de produção constitui o mais importante do entendimento do fenômeno jurídico, aquilo que Stutchka considera a forma jurídica concreta. Mas o todo do direito, para Stutchka, além da forma jurídica concreta apresenta ainda pequenas variações e nuances, que nunca são estruturais, mas apenas perfazem um quadro periférico das distinções e variações ao nível ideológico. Quanto a essas rebarbas do direito que excedem a infraestrutura, Stutchka identifica duas relações superestruturais: o direito enquanto forma abstrata e o direito enquanto forma ‘intuitiva’. Quanto ao direito como forma abstrata, refere-se Stutchka a eventos jurídicos despregados da sua concepção imediata com

Da análise desse pensamento depreende-se a denúncia de um sistema opressor, inclusive por uma linguagem de economia política, que reclamava a transformação social por meio da ação revolucionária,¹⁴ sustentada inclusive pela violência física.¹⁵ Daí decorre um tipo de entendimento predominante do direito, de cunho dogmático-ideológico, que retrata a história das formas econômicas a partir de acentuado traço jurídico, mas insuficiente para análise de uma teoria geral do direito, uma percepção mais adequada e detalhada das instituições jurídicas capitalistas (MEIRELES, 1990, p. 10).

Tal modo de pensar o direito, em detrimento do seu sentido teórico-crítico, explica a ordem jurídica a partir das necessidades fundamentais da sociedade, bem como o fato de as normas postas tutelarem os interesses materiais de determinada classe social em prejuízo (e para dominação) de outra (MEIRELES, 1990, p. 11).

Não é analisada, entretanto, a regulamentação jurídica em si, enquanto forma, a fim de uma compreensão mais detalhada do fenômeno jurídico, vinculando-o ao modo de produção vigente (PACHUKANIS, 1988, p. 21). Portanto, pensar o direito (conteúdo material da regulamentação jurídica) apenas como um produto da hipocrisia burguesa para opressão do proletariado não foi suficiente.¹⁶ Assim, é importante a posição de Evgeni B. Pachukanis sobre o assunto, por ter estabelecido uma doutrina do direito que fosse a expressão da troca mercantil, equivalendo a forma jurídica à forma mercantil, numa crítica à obra de Stucka.

Segundo Pachukanis afirma em *Teoria geral do direito e marxismo* (1988), o direito não é reduzido à questão ideológica (ou psicológica), mas se relaciona diretamente à

as relações de produção. A norma jurídica tem o condão de criar alguns espaços originais e isolados de construção jurídica. Assim sendo, revela-se, em tal ponto, a crueza do normativismo jurídico, desconectado de relações concretas no nível produtivo. O formalismo jurídico responde por tal momento. No que tange à forma intuitiva, nela se revela o nível psíquico do jurista, suas atitudes, emoções, sentimento, consciência. Trata-se do nível subjetivo do direito, relacionado ao seu aplicador” (MASCARO, 2010, p. 465-6).

¹⁴Não se diminui a importância da percepção de Stucka sobre o direito, importante para a compreensão do fenômeno jurídico na esfera capitalista, notadamente no seu aspecto ideológico. Porém, seu entendimento decorre, sobretudo, de suas funções diretivas como Comissário do Povo para a Justiça. À época da revolução soviética, ele precisava elaborar um modelo jurídico que justificasse os propósitos do Estado revolucionário que surgia dali. Não à toa veio definir o direito como sistema de relações sociais que age no interesse e preservação da classe dominante, salvaguardando-o inclusive pela violência estatal. Dessa forma, estabeleceu, no nível jurídico, a oposição capital/trabalho, na qual o processo revolucionário soviético se punha do lado do proletariado.

¹⁵Como exemplo do papel da violência no pensamento marxista, o seguinte trecho: “Os comunistas recusam-se a dissimular suas concepções e propósitos. Proclamam abertamente que seus objetivos só podem ser atingidos pela derrubada violenta de toda ordem social passada. Que as classes dominantes tremam à ideia de uma revolução comunista. Os proletários nada têm a perder, exceto seus grilhões. Têm um mundo a ganhar. Proletários de todos os países, uni-vos!” (ENGELS; MARX, 2001, p. 83-4).

¹⁶Como crítica à abordagem apenas ideológica (e psicológica) do direito, sem considerar a essência do que é expresso pela relação jurídica: “A natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações por ele expressas” (PACHUKANIS, 1988, p. 39).

transformação jurídica das relações humanas, que é concomitante ao desenvolvimento do mercantilismo e do monetarismo.

Isso implica a necessidade de uma abordagem (crítica) do direito em outros modos, sobretudo como forma histórica determinada (específica).¹⁷ Seria possível, pois, compreendê-lo como decorrente das estruturas econômicas do capitalismo (PACHUKANIS, 1988, p. 21), como dado real e concreto da vida,¹⁸ e não como algo hipotético ou ideológico.

As categorias abstratas que lhe dão suporte, para além de estados subjetivos da consciência, vão exprimir “a estrutura lógica das relações sociais que se ocultam por trás dos indivíduos e que ultrapassam o quadro da consciência individual” (PACHUKANIS, 1988, p. 34). E a estrutura lógica das relações no capitalismo é a própria lógica da troca mercantil.

Cumprido estabelecer, então, os conceitos mais abstratos e nucleares do direito que possam ser utilizados em toda extensão das ciências jurídicas,¹⁹ como por exemplo, norma jurídica, sujeito de direito e relação jurídica, a despeito do teor (e da mutabilidade) do seu conteúdo, desde que sejam suficientes para exprimir o modo de produção em que estão inseridos (PACHUKANIS, 1988, p. 15).

A proposta é realizar uma análise materialista que não aborde tão somente o conteúdo do direito, mas também a sua forma distintiva. Em outra linguagem: “o aparato de direitos e deveres atribuídos aos sujeitos de direito e os processos de raciocínio jurídico pelos quais as relações jurídicas são constituídas e analisadas” (COTTERRELL, 2009, p. 106). Ou como colocado por Pachukanis (1988, p. 46): o modo como as relações sociais transformam-se em instituições jurídicas.

O direito é pensado, nesses termos, como fenômeno histórico específico, que expressa uma forma particular de relação social de produção, sendo que a sua existência prende-se à existência de tal modo de produção (PACHUKANIS, 1988, p. 35). Para o caso do

¹⁷Em favor de uma crítica do direito liberal pela doutrina marxista, em vez de uma teoria geral de direito marxista, o seguinte texto: “Nesta linha o que se propõe no texto não é fazer-se uma teoria marxista do Direito e portanto não se procura ingenuamente alargar o campo deixado em aberto por Marx desde os *Grundrisse*, mas apenas fazer-se uma crítica histórica das categorias da ‘ciência jurídica’ e do seu funcionamento histórico-ideológico na sociedade capitalista a partir do método lógico-histórico instaurado na *Introdução* de 1857 e que Marx utiliza n’*O Capital (crítica da economia política)*” (MEIRELES, 1990, p. 11).

¹⁸Daí a seguinte afirmativa de Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 12): “O direito, considerado como forma, não existe somente na cabeça das pessoas ou nas teorias dos juristas especializados; ele tem uma história real, paralela, que tem seu desenvolvimento não como um sistema conceitual, mas como um particular sistema de relações.”

¹⁹Ainda segundo Evgeni B. Pachukanis (Ibid., p. 21): “Tal modo de proceder deve, até certo ponto, considerar-se como justificável. Podemos, por exemplo, tratar a história econômica negligenciando completamente as sutilezas e os pormenores da teoria da renda ou da teoria do salário. Mas, que diríamos de uma história das formas econômicas onde as categorias fundamentais da teoria da economia política, Valor-Capital-Lucro-Renda etc. se diluíssem no conceito vago e indiferenciado de Economia? Não ousaríamos sequer evocar o acolhimento que receberia tal gênero de tentativa que pretendesse apresentar semelhante história econômica como uma teoria de economia política.”

direito capitalista, a universalidade das suas categorias jurídicas exprime um determinado aspecto da existência de um determinado sujeito histórico: a produção mercantil da sociedade burguesa.

O que se passa, pois, é a proposição de uma abordagem de direito na sua forma mais clara e acabada, que seja suficiente para uma determinada época histórica, ao invés de uma proposta de direito que sirva “indiferentemente para todas as épocas e todos os estágios do desenvolvimento da sociedade humana” (PACHUKANIS, 1988, p. 23).

Em outros termos: revelar o modo como as instituições jurídicas expressam as relações sociais de certa época histórica, na sua condição mais abstrata e pura, para depois se seguir, com complexidade progressiva, até o concreto histórico (NAVES, 2008, p. 46-7).

Assim ocorre porque, no pensamento marxista, a história não se apresenta de forma linear, mas em saltos, dados a partir da ruptura (social, cultural, política, econômica) de um modo de produção, que é substituído por outro pelas revoluções sociais, tal como foi o feudalismo em relação ao escravagismo e o capitalismo em face do próprio feudalismo²⁰ (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 120).

Para cada um desses períodos, houve um direito próprio que refletiu o modo de produção que lhe era imanente, revelando, mais do que isso, a maneira como as regras jurídicas eram estabelecidas na sociedade pelo grupo hegemônico, como de resto se dá com as demais relações sociais.

Isso não significa que as características das relações sociais do modo de produção suprimido sejam abandonadas²¹ por completo (MARX, 1999, *passim*). Elas podem subsistir, mas ganham contornos próprios, adequados ao momento histórico em que estão inseridas. Por isso se afirma que, na linha evolutiva da história, “a sociedade burguesa é a organização

²⁰Sobre o tema, a seguinte assertiva: “Trata-se do pensamento de ruptura – cada forma social torna-se o que é a partir de uma ruptura – e do acidental – as singularidades históricas não são descartáveis, mas essenciais para a teoria. Assim, por exemplo, o Estado se torna o que é com o deslocamento entre público e privado, a partir do qual uma das modalidades históricas de ‘autoridade política organizada’ rompe com todas as demais. O direito, por sua vez, torna-se o que é a partir da generalização da circulação de mercadorias, cuja consequência necessária é a generalização dos sujeitos de direito, evento singular que determina a ruptura pela qual o direito conquista plena autonomia quanto às esferas sociais contíguas (moral, religião, política etc.). A consideração de ruptura com as formas anteriores é condição para o conhecimento aprofundado do direito em sua feição atual” (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 120).

²¹Karl Marx (1999, p. 43) continua seu raciocínio da seguinte forma: “As categorias que exprimem suas relações, a compreensão de sua própria articulação, permitem penetrar na articulação e nas relações de produção de todas as formas de sociedades desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos se acha edificada, e cujos vestígios, não ultrapassados ainda, levam de arrastão desenvolvendo tudo que fora antes apenas indicado que toma assim toda a sua significação etc. A anatomia do homem é a chave da anatomia do macaco. O que nas espécies animais inferiores indica uma forma superior não pode, ao contrário, ser compreendido senão quando se conhece a forma superior. A economia burguesa fornece a chave da Economia da Antiguidade etc. Porém, não conforme o método dos economistas, que fazem desaparecer todas as diferenças históricas e vêem a forma burguesa em todas as formas de sociedade.”

histórica mais desenvolvida [em relação às que lhe foram anteriores], mais diferenciada da produção” (MARX, 1999, p. 43).

Se assim ocorre é porque ela também consegue exprimir, além de suas características estruturais próprias, a estrutura e as relações de produção de todas as formas de sociedade previamente existentes, que continuam, ainda que de forma parcialmente ultrapassada, a subsistir nela (MARX, 1999, p. 41).

A partir dessa constatação, Karl Marx faz uma abordagem das categorias do presente e do passado, para compreensão da evolução dialética do próprio processo histórico. Isso porque o desenvolvimento histórico repousa no fato de a última forma considerar as formas passadas como etapas do seu próprio grau de desenvolvimento. Daí Marx (1999, p. 41) concluir que

a categoria mais simples pode exprimir relações dominantes de um todo menos desenvolvido, ou relações subordinadas de um todo mais desenvolvido, relações que já existiam antes que o todo tivesse se desenvolvido, no sentido que se expressa em uma categoria mais concreta. Nessa medida, o curso do pensamento abstrato que se eleva do mais simples ao complexo corresponde ao processo histórico efetivo.

As categorias econômicas, desse modo, vão depender da forma social com que são revestidas. Ao analisar a categoria trabalho, por exemplo, Karl Marx vai demonstrar que ela é comum a todos os modos de produção precedentes. Porém, somente o trabalho na sua forma abstrata é próprio (específico) da economia mercantil-capitalista (NAVES, 2008, p. 49).

De novo o período romano como exemplo. De fato, ali já havia o capital, nas modalidades comercial e de empréstimo. Havia a apreensão do produto excedente no processo da circulação mercantil e monetária, por intermédio das trocas desiguais e dos empréstimos usurários.

Entretanto, isso não era suficiente para dominar todo o processo de produção, haja vista que o capitalismo não podia surgir senão com as premissas da produção mercantil e da circulação monetária; premissas que não são imaginárias, e sim estabelecidas historicamente em sua concretude.

É somente com o capital industrial que adveio o modo de produção capitalista, uma vez que é nele que se realiza a mais-valia.²² O capital industrial, surgido da ruptura do modo

²²A relação capital/trabalho apresenta outro aspecto, para além da mera troca de equivalentes, que é o caráter de exploração próprio do sistema capitalista (NUNES, 2007, p. 504). A exploração da mão-de-obra assalariada para extração da mais-valia corresponde à diferença entre o valor da força de trabalho (quantidade de trabalho necessário para a produção) e o seu produto (quantidade de trabalho fornecido), cuja diferença é o trabalho não pago (trabalho excedente), apropriado gratuitamente pelo empregador, dando origem à acumulação de capital (JAPPE, 2006, p. 84). O capitalista que adquire a mercadoria força de trabalho utiliza-a no processo produtivo para produzir um valor de uso que contenha valor de troca (na lógica da troca de equivalentes). Porém, ela não

de produção feudal, amplia assim as possibilidades do capital, ao submeter o capital comercial e o capital de empréstimo às exigências da reprodução e expansão das relações de produção capitalistas (MARX, tomo 1, 1996, passim).

Portanto, Karl Marx vai compreender o capitalismo como relação social objetiva, que reflete relações sociais reais, determinadas especificamente à sua época histórica, na qual a produção mercantil é o modo de produção social dominante (PACHUKANIS, 1988, p. 38).²³

É, pois, nesses termos, que o indivíduo oferta no mercado os atributos da sua personalidade relacionados ao trabalho: “ele é livre – pois não é constrangido a vender-se (isto é, vender a mercadoria que ele possui, a sua força de trabalho)” (NAVES, 2008, p. 69). Ele assim se põe no mercado (esfera de circulação de mercadorias) como proprietário que dispõe da única mercadoria que é sua, em plena condição de igualdade com o comprador, dono dos meios de produção.

De acordo com Bernard Edelman (1976, p. 93), é desse modo que resta caracterizada a época capitalista, pois a força de trabalho adquire para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, por ser revestida por um valor econômico,²⁴ sendo que é a partir desse momento que a forma mercadoria de produtos e serviços se torna a forma social dominante.

Essa relação fundamental capitalista é, portanto, estabelecida entre os proprietários de mercadorias entre si (PACHUKANIS, 1988, p. 45), e possui uma forma jurídica que é a extensão da forma fetichizada da mercadoria.

representa apenas valor de troca, mas um valor superior ao dos gastos de capital, gerando assim a mais-valia. E após realizar o valor da mercadoria, com sua transformação em equivalente pecuniário, converte a maior parte desse valor excedente em capital, ao adquirir outros meios de produção e força de trabalho adicionais, permitindo, nessas condições, a acumulação de capital. A força de trabalho torna-se, pois, elemento capaz de gerar rendimento, de produzir valor superior ao dele próprio durante a jornada de trabalho, tornando-se, então, mercadoria que é fonte permanente de valor de troca (NUNES, 2007, p. 505).

²³Para que o trabalho acumulado nos bens de produção assuma a função de capital é preciso que se converta em instrumento de exploração do trabalho assalariado. Em vez de coisa, o capital é relação social, relação de exploração dos operários pelos capitalistas. As coisas – instalações, máquinas, matérias-primas etc. – constituem a encarnação física do trabalho acumulado para servir de capital, na relação entre o proprietário dessas coisas e os operários contratados para usá-las de maneira produtiva (MARX, 1996, tomo 1, passim).

²⁴Isto é, o capitalismo torna todas as coisas mercadorias porque desse modo se comporta a força de trabalho, já que esta é também incorporada nos objetos do trabalho humano. Portanto, uma coisa (*res*) não é tida como mercadoria por ter utilidade ou por resultar do trabalho humano. Ela torna-se mercadoria por permitir o lucro. Destarte, a sua utilidade, o seu propósito de uso, não guarda similitude com o valor que tem quando posta em circulação no mercado. A mercadoria não guarda assim vínculo com a coisa que recobre, pois a função da forma mercadoria é igualar “quantitativamente todas as coisas, de modo que todas as coisas possam ser colocadas umas diante das outras como trocáveis, variando apenas quantitativamente de acordo com a medida de trabalho abstrato que englobam. Noutras palavras, a coisa sob a forma de mercadoria passa a ser um mero invólucro de valor e este invólucro permite que os produtos do trabalho humano se refiram uns aos outros, independentemente da vontade de seus produtores, com base na lei do valor. Esta referência das mercadorias entre si, no entanto, apenas espelha o modo como o trabalho isolado se refere ao trabalho social. A trocabilidade universal das mercadorias entre si, na medida do valor, é a expressão reificada da fungibilidade universal do trabalho humano abstrato, cuja única medida é o tempo” (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 126).

A gênese da forma do direito encontra-se, desse modo, na relação de troca mercantil, sendo que a circulação mercantil é que vai dar especificidade ao direito (NAVES, 2008, p. 53).²⁵ Ou seja, a relação social específica que se exprime na forma jurídica deve ser encontrada na esfera de circulação mercantil,²⁶ onde os proprietários estabelecem as relações mútuas de troca de equivalentes. Portanto, a relação da qual a forma jurídica é reflexo é justamente a relação dos proprietários de mercadorias entre si (NAVES, 2008, p. 53).

Com efeito, tomada progressivamente a esfera de produção, do trabalho destinado ao cliente consumidor ao trabalho destinado ao comerciante, percebe-se que as relações correspondentes revestem-se de uma forma capitalista, de tal sorte que é possível afirmar que a relação social do capital transferiu para a outra relação a sua própria forma (PACHUKANIS, 1988, p. 41).

A partir dessas considerações, Alysson Leandro Mascaro (2010, p. 475-6) observa que a especificidade do direito é de tamanha importância que seria possível admitir estruturas capitalistas, por exemplo, no âmbito ideológico, sem meios de comunicação, porém é impossível imaginar o capitalismo sem o aparato jurídico; mais especificamente, sem a existência daquela relação jurídica que autoriza a exploração do trabalho assalariado para a extração da mais-valia, a garantia do lucro advindo da compra e venda e da apropriação de bens, a partir da generalização da troca de mercadorias, tal como disposto pela regra D-M-D'.²⁷

²⁵Como proposto por Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 41-2), o mesmo pode ocorrer com o direito. Por ser ele uma relação social específica, é capaz de transferir para a totalidade das relações sociais que com ele se comunicam a sua própria forma jurídica. Assim ocorre porque a regulamentação das relações sociais, em certas condições, precisa ser revestida do caráter jurídico, considerando que o direito, por sua vez, é estruturado de acordo com as pressões advindas das relações (ou modos) de produção. Nesse sentido, “as relações sociais assumem a forma jurídica na medida em que assumem a forma das (ou são modificadas pelas) relações sociais específicas corporificadas no direito” (COTTERRELL, 2009, p. 106). Isso porque, do ponto de vista jurídico, na sociedade de produção mercantil as diferentes relações se assentam sobre as relações de troca comercial, assumindo assim a forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 45).

²⁶Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 294), com arrimo em argumento direto de Karl Marx, segue no mesmo argumento: “É na esfera de circulação que se processa a metamorfose do dinheiro em capital: a força de trabalho não pode apresentar-se no mercado como mercadoria a não ser que seja oferecida ou vendida como mercadoria pelo próprio possuidor. Para isso, essa pessoa há-de poder dispor dela, isto é, ser proprietário livre da sua capacidade de trabalho, da sua própria pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro encontram-se no mercado em relação um com o outro, com o mesmo estatuto de possuidores de mercadorias – a única diferença entre eles é que um compra e o outro vende – sendo ambos, por isso mesmo, pessoas juridicamente iguais.”

²⁷Para o capitalista, resta então a incessante tarefa de comprar e revender, haja vista que seu lucro é tanto maior quanto mais comprar e revender dentro da lógica D-M-D', autorizadora do lucro capitalista (MEIRELES, 1990, p. 269). Nesse sentido é o texto revelador de Anselm Jappe (2006, p. 60-1): “Na sociedade mercantil desenvolvida, a primeira fórmula [mercadoria-dinheiro-mercadoria] converte-se então numa outra: dinheiro-mercadoria-dinheiro (D-M-D). O proprietário de uma certa soma de dinheiro gasta-a para adquirir uma mercadoria que de seguida pode voltar a transformar-se de novo em dinheiro. Neste ponto não tem importância saber se o faz revendendo um objeto por um preço maior do que aquele que pagou ao comprá-lo (capital comercial) ou comprando força de trabalho para a explorar (capital industrial). O que conta é o fato de esta operação, que vai do dinheiro ao dinheiro, não ter qualquer sentido para os que nela participam se a soma de

É nesses termos que o direito, ao equivaler a forma jurídica à forma mercantil, introjeta em sua estrutura aquilo que na realidade já é posto pelas práticas burguesas, tendo como pressuposto aquele elemento central da relação capitalista,²⁸ que termina por se expandir, nesse contexto, para todas as demais relações sociais.

Não é à toa que nas relações privadas isso ocorre de forma plena, sendo seu *locus* por excelência. É aí que o sujeito jurídico, a pessoa humana, reveste-se da personalidade concreta do sujeito econômico egoísta, do proprietário, do titular de interesses privados, tudo a servir os interesses de cumulação de capitais (PACHUKANIS, 1988, p. 43).

Depreende-se, desse modo, que a evolução histórica do direito não implica apenas mudança no conteúdo das normas e modificação das instituições jurídicas, mas igualmente (e essencialmente) a modificação na própria forma jurídica, no modo em que o conteúdo material do direito de cada época histórica consegue ser expresso (PACHUKANIS, 1988, p. 35).

Os conceitos jurídicos próprios do capitalismo, destarte, não apenas revelam a forma jurídica na sua plenitude e seus mecanismos próprios de funcionamento, mas também refletem o próprio processo histórico real, que é o próprio processo de desenvolvimento da sociedade burguesa e, por consequência, da definição da esfera jurídica privada.

Atente-se.

Não existe homologia entre a história da produção e a história das formas jurídicas, mesmo considerando que à sociedade capitalista corresponde um direito capitalista, da mesma forma que à sociedade escravocrata correspondia determinado direito escravagista (MEIRELES, 1990, p. 32-3).

Nesse contexto, Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 31-4) observa que a estrutura econômica do capitalismo difere do modo de produção antigo. Tal diferença decorre do próprio desenvolvimento histórico das forças produtivas de um e de outro. Todavia, essa diferença não persiste plenamente no nível jurídico. Há uma continuidade, notadamente entre

dinheiro que surge no final do processo não for maior do que a soma inicial. Com efeito, ao passo que entre as duas mercadorias da fórmula M-D-M existia uma diferença qualitativa (o vendedor de calçado renuncia a um par de sapatos para comprar pão), o dinheiro é sempre qualitativamente o mesmo, e a diferença entre as duas somas só pode ser quantitativa. Mas esta diferença quantitativa tem que existir – ninguém compraria uma coisa para a revender ao mesmo preço. A fórmula D-M-D só existe, pois, sob certa forma: dinheiro-mercadoria-mais dinheiro (D-M-D’). Não se exagera muito se se afirmar que a conversão da fórmula M-D-M na fórmula D-M-D’ encerra em si toda a essência do capitalismo.”

²⁸Como colocado por Alysson Leandro Mascaro (2010, p. 473): “No quadro do capitalismo, antes de suas relações financeiras e especuladoras, e antes mesmo do desenvolvimento da exploração industrial, as relações de lucro já se estabeleceram a partir do desenvolvimento das trocas mercantis. No nível das trocas entre vendedores e compradores já se estabelece um mecanismo jurídico, porque é necessário que haja uma instituição estatal-jurídica para empreender o respaldo da relação entre os contratantes privados.”

o direito romano e o direito capitalista, ainda que de modo muito diverso, sendo observadas as necessidades reais e práticas deste.

O direito romano é reativado no modo de produção capitalista, de tal modo que as figuras próprias do processo de troca (*persona*, *res*, contrato etc.) são alargadas, no direito moderno, às relações de produção. O direito daquela época não estava hipostasiado, visto que não havia autonomia do jurídico em relação ao real histórico. As figuras jurídicas não eram universais, mas formas jurídicas descritivas imediatas do próprio processo de troca.

Outrossim, no período romano, a relação jurídica (civil) tida entre os diferentes estratos sociais era bastante evidente, sendo verificáveis, de plano, os fundamentos políticos e econômicos que lhe davam origem, conforme lembrado por José Carlos Moreira Alves (1990, volume 1, p. 98-128). Como exemplo, o *ius civile* e o *ius gentium*. O *ius civile* era o direito de determinada *civitas* - direito dos *civis* (cidadãos), não comum às outras *civitates*, sendo o *ius gentium* o direito observado aos povos conhecidos dos romanos.

A própria aquisição da personalidade jurídica demonstrava bem a diferença entre senhores e escravos. Para adquiri-la era necessário que a pessoa tivesse pelo menos um *status*: *status libertatis* (ser livre), *status civitatis* (ser cidadão romano) ou *status familiae* (ser chefe de família: *pater familias*).

Quanto aos escravos, isso lhes era negado, na medida em que eram tratados como animais (coisas: *res*), com legislação que lhes era própria, diversa da dos cidadãos romanos (condição jurídica que perdurou por todo o período romano, ainda que com algumas atenuações e particularidades).²⁹

Essa distinção, portanto, revela o próprio modo de produção da época, decorrente da relação de exploração senhor/escravo. Porém, no direito capitalista vai ocorrer de outro modo, inclusive com a ocultação das relações de produção. Tal como ocorre com as demais relações sociais, as relações jurídicas são universalizadas a fim de que o capitalista (burguesia) e o assalariado (proletariado), na qualidade de homens livres, possam colocar-se em condições de igualdade (formal³⁰) no mercado, para que haja a compra da força de trabalho deste por aquele, como troca mercantil para ultimar a mais-valia.

²⁹Vale mencionar que a possibilidade de portar direitos em nome próprio tinha caráter de privilégio e era restrita, mesmo entre os que não eram escravos. Por ser privilégio, a capacidade de ser detentor de direitos era suscetível de “perda ou mutilação através da chamada *capitis deminutio* (privação da liberdade, da cidadania ou do pátrio poder)” (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 51).

³⁰Tal igualdade formal aparece sem que fiquem visíveis (ou identificáveis de pronto) as diferenças históricas entre uma e outra classe social, bem como as condições históricas (políticas e econômicas) que definiram a posição de cada qual na sociedade. Tem-se assim um direito (ou economia) aparentemente sem história, que vai encontrar na forma burguesa todas as formas da sociedade (MARX, 1999, p. 40-3).

À vista disso, do modo de produção antigo para o capitalismo, há a transmutação da relação política entre os *civis* (proprietários) e os *servi* (não proprietários) (MEIRELES, 1990, p. 38). Ela torna-se uma relação jurídica (universal) entre homens livres e iguais, aqui transformados em sujeitos de direito.

Ou seja, perante o direito, *civis* e *servi* são tidos como proprietários, numa paridade que é apenas formal. Generaliza-se assim a troca mercantil, mas se oculta, ao mesmo tempo, a especificidade da mercadoria força de trabalho (criadora de valor) e a verdadeira natureza econômica do processo capitalista, que é a apropriação da mais-valia pelo proprietário dos meios de produção (MEIRELES, 1990, p. 34).

As formas anteriores de direito antigo não podem se equiparar assim ao direito atual porque lhe estão ausentes as características próprias do capitalismo (PACHUKANIS, 1988, p. 24), sobretudo se observado que o capital, nos períodos anteriores, não dominava as relações sociais (MARX, 1999, p. 45), haja vista que o próprio trabalho desempenhava outra função no modo de produção *esclavagiste*.

Dessa forma, aqueles conceitos jurídicos fundamentais (i.e.: sujeito de direito) exprimem justamente o processo de evolução histórica real, que é o da consolidação da sociedade burguesa, que vai exigir legislação com características próprias que atendam seus preceitos. Portanto, apenas na sociedade capitalista são criadas as condições necessárias para que o seu momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais, visto que aquelas figuras dos modos de produção anteriores são manifestações incompletas do que seria a formação futura do capitalismo (PACHUKANIS, 1988, p. 24-5).

O mesmo é observado na determinação capitalista do direito civil, na medida em que a esfera privada é apartada da esfera pública. Isso ocorreu também a partir da perda do *status* jurídico das classes sociais dentro da estrutura do capitalismo, tal como sugerido por Pietro Barcellona (1977, p. 25-30). Com isso foi possível a aplicação generalizada das normas de direito às relações privadas, estabelecendo-se assim a sua esfera de atuação.

Tomando a época medieval como exemplo, Pietro Barcellona relata que o Estado identificava-se com o próprio soberano (realeza), pois ao mesmo tempo era o proprietário do território sobre o qual estendia a sua soberania e o titular do poder político sobre os seus súditos. Não havia assim distinção entre as esferas pública e privada.

O direito da época não era como o direito moderno, o mesmo para todos (*eguale per tutti*). Isso porque o direito identificava-se mais como um privilégio imanente à pessoa em decorrência das relações que tinha com determinada instituição ou grupo social. Sendo assim, o pressuposto necessário para a aquisição, transmissão e exercício dos direitos, sobretudo os

de natureza privada, ligava-se normalmente ao *status*, à classe social à qual pertencia determinada pessoa. Isto é, a condição natural ditada pelo nascimento ou classe social era o mecanismo que mediava a relação entre a pessoa e o direito.

É preciso destacar ainda que dita relação tinha um espaço de atuação limitado pelas intenções políticas do soberano em seu território. Com efeito, a organização sociojurídica tão rígida impedia o surgimento de novas forças sociais – em particular, a fixação da burguesia no plano político, considerando que esta adquiria um papel cada vez mais importante no desenvolvimento econômico daquele período anterior à Revolução Francesa.

As pretensões da burguesia eram incompatíveis com os gravames e restrições de propriedade, notadamente da fundiária medieval, pois esta era dividida em várias formas de uso e dominação. Afora isso, dita propriedade também era perturbada por obrigações senhoriais e direitos feudais, em especial aqueles que impediam a mobilidade plena da *res*, dificultando assim os atos de comércio entre particulares. Também havia várias formas de protecionismo à realeza que restringiam as liberdades de indústria e comércio da burguesia, sobretudo aquelas de ordem tributária.

Como os burgueses foram transformando as estruturas econômicas e sociais, notadamente aquelas de uso da terra,³¹ a economia feudal foi sendo substituída³² pelo modo

³¹Pietro Barcellona (1996, p. 48) aponta que a propriedade imóvel do modo de produção feudal, raiz da propriedade privada moderna, logo se adaptou ao movimento da mercadoria capitalista que é posta livremente no mercado para ser transacionada, convertendo-se também em uma. O feudo se converte assim em mero instrumento de troca, submetendo a terra e a natureza às regras do mercado capitalista, de modo que *la renta*, que definia a antiga relação senhorial sobre a terra, transforma-se em *renta negociable*. Cai por chão a sentença medieval *nulle terre sans seigneur*, que definia o poder do soberano sobre a propriedade imobiliária. O poder do proprietário se manifesta como poder que decorre da funcionalidade da propriedade privada, sem o colorido político, de soberania, próprio do medievalismo.

³²Ainda como exemplo, a liberdade de comercialização das terras feudais. De acordo com Karl Polanyi (2012, p. 200-1): “A comercialização do solo foi apenas outro nome para a liquidação do feudalismo, que se iniciou nos centros urbanos ocidentais, inclusive na Inglaterra, no século XIV e terminou cerca de 500 anos mais tarde, no decurso das revoluções europeias, quando foram abolidos os remanescentes da servidão feudal. Tirar o homem da terra significava reduzir o corpo econômico a seus elementos, de forma que cada elemento pudesse inserir-se naquela parte do sistema onde fosse mais útil. O novo sistema se organizou, de início, lado a lado com o antigo, que ele tentou assimilar e absorver através da manutenção do controle daquela terra ainda ligada a laços pré-capitalistas. O sequestro feudal da terra foi abolido. ‘O objetivo era a eliminação de todas as reivindicações por parte das organizações de vizinhança ou de parentesco, principalmente as da viril estirpe aristocrática, assim como as da Igreja – reivindicações que isentavam a terra da comercialização ou da hipoteca’. Parte desse objetivo foi atingido pela força individual e a violência, parte por revoluções do alto ou de baixo, parte pela guerra e a conquista, parte pela ação legislativa, parte por pressão administrativa, parte pela ação espontânea de pessoas privadas, em pequena escala, ao longo de muito tempo. O fato desse transtorno ser rapidamente absorvido ou causar um ferimento aberto no corpo social dependeu basicamente das medidas tomadas para regular o processo. Os próprios governos introduziram fatores poderosos de mudança e ajustamento. A secularização das terras da Igreja, por exemplo, foi um dos fundamentos do estado moderno até a época do Risorgimento italiano e, bem a propósito, ele foi um dos meios principais da transferência ordenada da terra para as mãos de indivíduos privados. Os maiores passos isolados foram dados pela Revolução Francesa e pelas reformas benthamitas das décadas de 1830 e 1840. ‘A condição mais favorável para a prosperidade da agricultura’, escreveu Bentham, ‘aparece quando não há entraves, doações inalienáveis, terras comuns, direitos de redenção, dízimos ...’. Uma tal liberdade no tratamento da propriedade, especialmente a propriedade da terra,

de produção capitalista, tornando imperativa uma estrutura diferente das relações entre indivíduos e classes sociais e entre liberdade e autoridade.

Nesse contexto, um novo direito (civil³³) era exigido para o novo tempo que emergia. O direito que deveria surgir não poderia ser a expressão de uma organização política e social rígida, determinada por *status*, mas sim outra, que pudesse ser aplicada indistintamente a todo comportamento humano. Para responder a essa necessidade, decorrente do projeto elaborado pelo iluminismo e pelo jusnaturalismo, nenhuma restrição poderia ser imposta ao ser humano, senão aquelas que decorressem da mútua convivência, de respeito ao direito do próximo.

Dessa maneira, o homem passaria a desfrutar de ampla liberdade em suas ações. Iluminismo e jusnaturalismo operavam, assim, a inversão completa da relação entre a coerção e o homem, visto que atos realizados por este na esfera privada não deveriam, de modo geral, ser censurados pelo poder soberano, a não ser quando infringissem o direito de outrem ou se viessem a comprometer a ordem pública.

Com efeito, o homem da vida real (qualquer que fosse) foi transmutado em sujeito privado (um sujeito de direito, uma singularidade), colocado assim, e pela primeira vez, no centro do universo, no centro da experiência e no centro da organização social, de modo que foi considerado como referência abstrata, de uma maneira diferente daquela posta pela organização política da sociedade da qual fazia parte, na qual era uma realidade política

era parte essencial da concepção benthamita de liberdade individual. Ampliar essa liberdade, de qualquer maneira, foi o objetivo e o resultado da legislação do tipo dos Prescriptions Acts, dos Inheritance Act, Fines and Recoveries Act, Real Property Act, do amplo Enclosure Act de 1801 e seus sucessores, é assim como os Copyhold Acts de 1841 até 1926. Na França, e em grande parte do continente, o Code Napoléon instituiu formas de propriedade para a classe média, transformando a terra em bem comerciável e tornando a hipoteca um contrato civil privado.”

³³Como exemplo, o Código de Napoleão, fundamental para estabelecer legalmente o *modus operandi* da economia capitalista. Quando da promulgação do *Code Civil* de 1804, ficou reconhecida a livre circulação de bens, quaisquer que fossem eles, inclusive a propriedade fundiária advinda dos senhores feudais e da Igreja, que, no regime anterior, não eram suscetíveis de transação comercial. Antes mesmo desse *codex* entrar em vigor, já havia “uma produção legislativa entusiástica e febril, sobretudo uma legislação precipitada sobre os solos e as hipotecas, nas quais se exprimiam os interesses da nova sociedade burguesa na mobilização da propriedade fundiária possibilitada pela abolição da feudalidade” (WIEACKER, 2010, p. 387-8). É, todavia, no código civil que isso é devidamente sistematizado. Ao tratar da aquisição da propriedade, o artigo 711 do *codice* francês é expresso em afirmar que “a propriedade dos bens se adquire e se transmite por sucessão, por doação entre vivos ou testamentária, e por efeito das obrigações”; para logo em seguida, no artigo 732, asseverar que “a lei não considera nem a natureza nem a origem dos bens para regular a sucessão.” Pela codificação civil francesa, a propriedade imobiliária transmite-se, por exemplo, de forma igualitária entre todos os descendentes “sem distinção de sexo nem de primogenitura, e mesmo que sejam oriundos de diferentes casamentos” (artigo 745). Isso permitiu, por exemplo, que a propriedade fundiária herdada pudesse ser fracionada em várias partes, facilitando, assim, a sua venda no mercado, na medida em que vários herdeiros poderiam dispor do seu quinhão da maneira que melhor lhes conviesse, considerando que, no processo sucessório, ele não mais ficava restrito a uma pessoa, como ocorria nos regimes anteriores. Ou seja, a codificação civil francesa, a partir do direito fundiário e sucessório, permitiu a igualdade jurídica dos cidadãos e a liberdade de ação econômica e contratual, conforme lição de Franz Wieacker (2010, p. 390).

concreta, identificável por seu *status* social. Na sociedade capitalista, sob o ponto de vista político, todos são cidadãos.

Foi-lhe reservado, então, um espaço próprio para a realização de sua atividade privada, especificamente aquelas de natureza econômica em que pudesse ocorrer a troca mercantil; um ambiente próprio e apartado da esfera pública,³⁴ em que seus interesses não se sujeitassem às interferências oriundas do poder público.

Sendo assim, o direito positivo foi configurado em favor do ser humano (sujeito de direito) como um sistema legal constituído a partir das diversas manifestações da sua personalidade, sobretudo daquelas decorrentes da sua capacidade de ser proprietário,³⁵ por esta ser um direito natural que lhe era intrínseco.

Nesses termos, o ser humano manifesta a sua vontade por meio de um negócio jurídico, de modo a exercer assim um poder próprio sobre uma coisa, criando uma ordem objetiva sobre a *res*, como uma decorrência natural do exercício do direito individual de propriedade; o ser humano oposto às coisas e aos outros seres da natureza, o que está de acordo com as premissas filosóficas kantianas.

³⁴Como destaca Eduardo Novoa Monreal (1988, p. 98), para o capitalismo, a função principal do Estado nesse jogo seria garantir o cumprimento do direito, de modo a não interferir demasiadamente nas atividades dos indivíduos, garantindo-lhes o gozo de direito. Ou seja, a ingerência nas atividades privadas dos homens, pelo Estado, só seria apropriada quando causassem danos a outrem ou atentassem contra a segurança pública. Nesses termos, o Estado não teria outro fim senão proteger e sancionar os direitos individuais, bastando para isso formular o direito, assegurar a administração da justiça, organizar uma polícia eficiente, manter as relações internacionais e a segurança exterior do país (Ibid., p. 99). Sobre o cumprimento ao Estado o cumprimento das relações obrigacionais, com “a sujeição do devedor, na ordem patrimonial, ao poder coativo do credor” (GOMES, 1995, p. 12), o que está de acordo com a concepção burguesa de Estado, que não é mais do que “uma garantia abstrata das relações entre sujeitos reais, proprietários de mercadorias” (PACHUKANIS, 1988, p. 114). Contudo, isso não significa que os donos dos meios de produção prescindam do Estado para subsistir ou desenvolver suas atividades econômicas. Como exemplo a participação estatal em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, tão importante para o desenvolvimento da indústria capitalista, cujos riscos, por muitas vezes, são assumidos pelo Estado. Assim é o comentário de Manuel García-Pelayo (2009, p. 57) sobre o assunto: “Visto que os gastos de investigação incluem riscos, nem sempre são rentáveis ou não apresentam rentabilidade a curto prazo, o Estado assumiu uma parte importante deles – que oscila, para os países desenvolvidos, entre 50% e 75%. Essas contribuições estatais são, em parte, executadas pelo próprio Estado, e, em parte, transferidas a empresas através de subvenções diretas ou bonificações fiscais, produzindo-se, assim, uma intersecção entre Estado e as empresas.”

³⁵Na esfera privada da ordem capitalista a relação entre proprietários é profundamente modificada: “property as a legal institution is indifferent towards subject (*persona*) and object (*res*)” (RENNER, 1949, p. 90). E, como ainda prossegue Karl Renner (1949, p. 90), “The law protects possession, the power to dispose of the *res*. A system of private law is content to know that material wealth is firmly held by the individuals, it does not care what use they make of it or who they are.” Ou seja, o direito regula as relações decorrentes da propriedade privada capitalista sem se preocupar com a identidade ou classe social das pessoas ou a qualidade dos bens, como ocorria nos outros modos de produção. Todo mundo, mesmo os recém-nascidos, pode ser elevado à categoria de proprietário. Isso porque, embora o indivíduo possa ser considerado sob várias formas estranhas ou alheias ao direito, ele, como *persona* inserida dentro da sociedade civil, só pode ser considerado como sujeito de direito (BEVILÁQUA, 1955, p. 64).

Ao se efetivar a separação entre indivíduo e sua comunidade, distinguiram-se as esferas privada e pública; naquela, cada pessoa era livre para perseguir seus próprios interesses; nesta outra, vigoravam os assuntos comuns e de interesse geral.

A partir disso se fez possível a extensão e a generalização das relações de direito privado para todos os seres humanos, tornados assim sujeitos de direito, plenamente aptos a realizarem os atos de comércio, como decorrência da própria liberdade de compra e venda da força de trabalho. Essa é a esfera jurídica na qual o homem real³⁶ (do capitalismo) vai estabelecer as suas relações privadas, na qual o direito civil vai ofertar o conjunto de instrumentos necessários para que elas possam ocorrer.

3 CONCLUSÃO: UM DIREITO CIVIL COM PROPÓSITO MERCANTIL

O que se pretende revelar aqui é que as relações privadas travadas nos interiores das sociedades capitalistas, amplamente respaldadas pelos institutos de direito civil (de legalidade essencialmente burguesa, ainda), não podem ser consideradas como atividades sociais a não ser sob a forma absurda e mistificada do valor da mercadoria (PACHUKANIS, 1988, p. 116).

E isso vale também em relação aos direitos da personalidade. A própria *dignitas humana* só pode ser regulada pelo direito civil se revestida pela forma valor, tal como se dá em relação à *res*.

De novo a mais-valia. Ao vender a força de trabalho (como mercadoria que é), o empregado termina por vender a si próprio, uma vez que a atividade laboral é “incindível da personalidade do trabalhador” (MEIRELES, 1990, p. 362). Nessa oportunidade, realiza em si mesmo a qualidade de sujeito de direito e objeto de direito, de modo que, concomitantemente, torna-se sujeito e objeto.

Se a atividade laboral é determinada como mercadoria, e não como elemento ontológico da dignidade humana (MÉSZÁROS, 2006), a pessoa viva, então, é reificada porque transformada em coisa, passível de ser propriedade de alguém. O trabalhador coloca-

³⁶O que se quer afirmar aqui é que a capacidade de ser sujeito de direito é descolada da personalidade do ser humano, da sua personalidade concreta, vivente, deixando de ser uma vontade consciente para transformar-se em uma propriedade social, com função bem definida na ordem capitalista: a de permitir a troca de mercadorias (PACHUKANIS, 1988, p. 73). Daí a conclusão de Pietro Barcellona (1996, p. 118): “*el sujeto propietario inmerso en el sistema de la economía de mercado nos es restituido así como sujeto general, pero cada vez más pobre de determinaciones cualitativas.*” Seria possível identificar, assim, certa secularização do homem cristão medieval, como posto por Juan Ramón Capella (2002, p. 104-5). Os seres humanos não seriam mais cristãos, submetidos a uma ordem social e econômica que tinha na obediência religiosa o alicerce do seu funcionamento. O conceito de humano é libertado de todo preceito cristão, de toda coação moral ou religiosa, própria do medievalismo. Como consequência disso, passam a ser considerados como uma espécie de autômatos programados, guiados por princípios egoísticos de busca do prazer e de repulsa às perdas, já que inseridos numa lógica de acumulação de riqueza que não conhece paradigma nos modos de produção precedentes.

se, assim, em relação consigo mesmo para que possa alienar o seu foro íntimo, que é também o seu próprio mercado.

Dessa forma, o trabalhador deve levar ao mercado os seus atributos, na qualidade de proprietário e, ao mesmo tempo, mercadoria (propriedade) a ser adquirida por outrem. Tal capacidade de o ser humano produzir a sua própria forma revela que ele investe a sua vontade no objeto em que se constituiu, que é para ele próprio um produto das relações sociais (EDELMAN, 1976, p. 93-6). Isso implica a necessidade de a pessoa humana ser transformada na forma sujeito de direito e de ser reduzida à forma mercantil (forma geral de mercadoria).

Como exemplo disso, a responsabilidade civil. A violação do direito (pessoal ou patrimonial) que enseja a reparação (extrapatrimonial/moral ou material) não distingue a natureza patrimonial de um e a natureza pessoal do outro, haja vista que os atributos humanos são equivalentes às coisas, de tal sorte que sobre eles devem incidir as regras próprias do direito patrimonial.

Isto é, a reparação civil do lesado deve ocorrer por meio da entrega de uma quantia em dinheiro, reputada equivalente ou compensatória do prejuízo causado (indenização por perdas e danos), independentemente de ser um dano material ou moral (ANDRADE, 1966, p. 337).

Portanto, por ser proprietário (*homo oeconomicus*) de si mesmo é que o prejuízo que a pessoa humana sofre em relação a um de seus atributos é que a impulsiona a ir ao Poder Judiciário reclamar uma indenização ou compensação pecuniária, no caso do dano moral. Assim ocorre porque todos os seus direitos da personalidade não são mais do que coisas protegidas contratualmente, então passíveis de avaliação pecuniária, porque sujeitas às regras patrimoniais do direito obrigacional.

Daí Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 381) asseverar que a dignidade humana, no modo de produção capitalista, acaba por ser a susceptibilidade de o interesse jurídico ser redutível a um equivalente pecuniário, quando for incumprida a obrigação ou violado um direito da personalidade (direito não patrimonial).

Logo, a solução frente à violação da dignidade humana que acarreta dano moral não pode ocorrer por regras de direito pessoal, mas conforme as regras do direito obrigacional, de caráter patrimonialista, pois aí reside toda a estrutura da responsabilidade civil. Isso porque a solução pecuniária para ambas as situações litigiosas – de dano moral e de dano material – deve ser necessariamente a mesma, pois dignidade e *res* somente podem ser apreciadas objetivamente pelo valor, visto que, no capitalismo, seres humanos, coisas e relações sociais só podem ser considerados pelo *quantum* que representam.

Com efeito, enquanto for premente a forma mercantilizada da ordem jurídica, qualquer teoria civilista não poderá sustentar o discurso corrente e conservador, de que o direito civil presta-se substancialmente à regulação da vida social entre os particulares, uma vez que esse direito não considera o contexto histórico de transubstanciação do *ius civile* para atender às aspirações capitalistas da circulação mercantil e ao determinismo da economia capitalista na conformação da própria ordem jurídica.

O código civil, nesse contexto, ainda é e será uma *constituição burguesa* enquanto submetido ao movimento da mercadoria, enquanto for capitalista a ordem a que está submetido.

Sendo assim, família, dignidade da pessoa humana, propriedade (e sua função social), direitos da personalidade, dano moral, testamento, filiação, contratos, sujeito de direito, entre outras figuras e princípios que são inerentes ao direito civil, só podem ser interpretados e definidos, criticamente, dentro dos limites da determinação capitalista sobre o próprio direito, da forma mercantilizada que necessariamente lhes é imposta pelo capital, e não a partir das imagens idealizadas e abstratas (não-históricas) que se fazem deles, que não consideram as raízes mercantis da civilística moderna.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v.1.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 45-56, 1993.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1966.

ARNAUD, Andre-Jean. *La regla del juego en la paz burguesa: ensayo de analisis estructural del codigo civil frances*. Maracaibo: IFD/LUZ, 1978.

BARCELLONA, Pietro. *Dirittoprivato e processo economico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1977.

_____. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *O direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277* – Distrito Federal. Relator: ministro Ayres Britto. Partes: Conectas Direitos Humanos et al. Julgamento em 5 maio 2011. Ementa: 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação etc. Publicação no DJe: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132* – Rio de Janeiro. Relator: ministro Ayres Britto. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Julgamento em 5 maio 2011. Ementa: 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação etc. Publicação no DJe: 14 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 14 abr. 2014.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

COTTERRELL, Roger. Forma jurídica e forma mercantil: Pachukanis e o esboço de uma teoria materialista do direito. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2009. p. 103-16.

DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *O manifesto comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2001.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 37-76.

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 102, v. 385, p. 113-25, maio/jun.2006.

_____.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito*, 2003. p. 87-104.

FRANÇA. Código civil (1805). *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses*: texto integral do código de 1804 com tôdas as modificações nêle posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares. Rio de Janeiro: Record, 1962.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JAPPE, Anselm. *As aventuras da mercadoria*: para uma nova crítica do valor. Lisboa: Antígona, 2006.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica*: contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009a.

_____. Duas formas absurdas: uma defesa à especificidade histórica da mercadoria e do sujeito de direito. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *O discreto charme do direito burguês*: ensaios sobre Pachukanis. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2009b. p. 117-33.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LOPES. Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971.

MARTINEZ, Vinício C. Estado moderno ou Estado de direito capitalista. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v.11, n.21, p. 143-59, 2006.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política: livro primeiro: o processo de produção do capital. São Paulo: Nova Cultural, 1996. t.1.

_____. Para a crítica da economia política. In: *Os pensadores*: Marx. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Prefácio da contribuição para crítica da economia política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”. *Separata do Suplemento ao Boletim XXXV da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1990.

MÉSZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PACHUKANIS, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & K. Paul, 1949.

SILVA, Rodrigo Daniel Félix da. Direito civil como direito capitalista: A fixação do Estado Moderno e a consolidação da burguesia. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 60, v. 421, p. 73-87, nov. 2012.

STUCKA, P. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

THE CONFORMATION OF CIVIL LAW BY CAPITALISM: A CRITICAL MARXIST ANALYSIS

ABSTRACT: This study aims to criticize the current civil law by pointing out that, beyond its traditional conception of regulator of private relations, the *ius civile* reveals itself, nowadays, as an expression of the own capitalist economic order, thus assuming a commodity form, as well as creating an own field of action, separated from the public issues.

KEYWORDS: Capitalism. Civil law. Marxism.

Recebido: 14 de abril de 2014

Aprovado: 21 de julho de 2014